

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

NATANE DA SILVA CLEMES COSTAMILAN

**A IMPOSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO PENAL NOS CASOS DE MEDIDAS
CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO: O CONTROLE SOCIAL EM MEIO A
RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA**

CRICIÚMA
2019

NATANE DA SILVA CLEMES COSTAMILAN

**A IMPOSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO PENAL NOS CASOS DE MEDIDAS
CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO: O CONTROLE SOCIAL EM MEIO A
RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharela no curso
de Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Dr. Jackson da Silva Leal

CRICIÚMA

2019

NATANE DA SILVA CLEMES COSTAMILAN

**A IMPOSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO PENAL NOS CASOS DE MEDIDAS
CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO: O CONTROLE SOCIAL EM MEIO A
RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharela, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 02 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jackson da Silva Leal - Doutor - Universidade do Extremo Sul Catarinense
(UNESC) - Orientador

Prof. Alfredo Engelmann - Mestre - Universidade do Extremo Sul Catarinense
(UNESC)

Fritz Lowethal Neto - Mestrando - Universidade do Extremo Sul Catarinense
(UNESC)

AGRADECIMENTOS

Para a realização do presente trabalho, mais do que horas de dedicação de minha parte foram necessárias. Por isso, agradeço às seguintes pessoas:

Ao meu marido, Ramon Costamilan, que manteve minha saúde mental nos momentos de desespero, debateu repetidas vezes meu tema até que ficasse algo no mínimo coerente, leu e releu este trabalho e incentivou-me todos os dias, mostrando-me que ao escrevê-lo, eu teria mais do que uma possível aprovação da banca, teria um conhecimento adquirido para a vida inteira, que acrescentaria em minha futura carreira. Agradeço também por todo amor e carinho que compartilhou comigo e por toda a ajuda que me ofereceu. Eu te amo.

Aos meus pais e irmã, que fizeram todo o possível para que eu pudesse frequentar a universidade e realizar meu sonho, mesmo diante de todas adversidades. Obrigada por me ajudarem nos momentos de dificuldades e celebrarem comigo nos momentos de realização, por mostrarem a mim o caminho correto e me educarem para correr atrás de minhas vontades e de um futuro sempre melhor.

Às minhas amigas, Rafaela Britto, Isabela Frigo, Larisse Gava, Emily Konig, Carol Kanarek e Amanda Costamilan, que dividiram comigo o peso da responsabilidade na busca de um futuro, as ansiedades diárias na correria entre as aulas, durante os 05 anos de curso, me deram ideias, afagaram meu coração com nossas conversas e certamente estarão sempre em minhas lembranças e, espero, em minha vida.

Ao meu orientador, Jackson da Silva Leal, que além de um exímio mentor incentivador da educação, é também um grande amigo. Muito obrigada por entender minhas inquietações e tormentos ao, muitas vezes, não saber o que escrever e ajudar-me à combater tamanhas preocupações durante todo o trajeto, não só no presente trabalho, mas também no grupo de criminologia crítica que tive o prazer de participar por um breve período.

À UNESCO, por proporcionar espaços e professores maravilhosos que fomentaram minha educação e aprendizado, que me ajudaram a crescer pessoalmente e a enxergar um mundo inteiramente novo.

Muito obrigada a todos vocês, que tornam sempre minha vida melhor.

"É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação."

- Cesare Beccaria

RESUMO

Este trabalho apresenta o tema "impossibilidade da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão" conectando-o com a possível relegitimação do sistema penal, que permeia a decadência em uma crise deslegitimadora do ponto de vista da criminologia crítica. Em razão da grande semelhança com os requisitos do regime aberto, busca-se analisar a motivação existente para a não aplicabilidade da detração penal no tema em questão. Utiliza-se como metodologia o método dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa, com material bibliográfico de livros, teses e principalmente artigos, por ser um tema atual, para que se possa estudar os assuntos aqui contidos por meio da criminologia crítica. Utiliza-se, ainda, informações e estatísticas contidas em sites governamentais atualizados para corroborar com o entendimento bibliográfico. Por meio desse estudo, constata-se que a lei que implementou as alternativas à prisão tornou-se um instrumento de controle social do sistema penal, que possui mais uma ferramenta para selecionar indivíduos que considera marginalizados para a vida em sociedade.

Palavras-chave: Impossibilidade. Detração Penal. Sistema Penal. Controle Social. Relegitimação.

ABSTRACT

This work presents the theme of "the impossibility of criminal detraction in the precautionary measures other than imprisonment" connecting it with the possible relegitimation of the penal system, which permeates the decadence in a crisis delegitimizing from the point of view of critical criminology. Due to the great similarity with the requirements of the open regime, it is sought to analyze the existing motivation for the non-applicability of the criminal detraction in the subject in question. The methodology used is the deductive method, through theoretical and qualitative research, with bibliographical material of books, theses and mainly articles, as it is a current topic, so that one can study the subjects contained herein through critical criminology. Information and statistics contained in updated government sites are also used to corroborate with the bibliographic understanding. Through this study, it can be seen that the law that implemented alternatives to imprisonment has become an instrument of social control of the penal system, which has one more tool to select individuals whom it considers marginalized for life in society.

Keywords: *Impossibility. Criminal Detention. Criminal System. Social Control. Relegitimation.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL E A PERDA DAS FUNÇÕES DA PENA	14
2.1 FUNÇÕES OCULTAS E DECLARADAS DA PENA.....	14
2.2 O FALSO DISCURSO LEGITIMADOR DO SISTEMA PENAL.....	19
3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A DETRAÇÃO PENAL	25
3.1 A CRIAÇÃO DO INSTITUTO DAS MEDIDAS CAUTELARES E SEUS OBJETIVOS DECLARADOS.....	26
3.2 COMPARAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO E O REGIME ABERTO.....	32
3.3 A INAPLICABILIDADE DA DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO	37
4 A RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL POR MEIO DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	41
4.1 A AMPLIAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL PARA ALÉM DA PRISÃO: AS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMO DE PUNIÇÃO...	41
4.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Penal Brasileiro, que possui como alicerce o punitivismo e efficientismo da sociedade, encontra-se eivado de contradições no que refere-se ao seu discurso legitimador. Expressa, para sociedade, que as penas contidas no código de processo penal são extremamente necessárias para a ordem pública, mas que servem como instrumento de prevenção e repressão do crime.

Ocorre que há décadas está cada vez mais claro e discutido pelos principais criminólogos que os objetivos do Sistema Penal não são os mesmos que este declara, existindo funções ocultas que demonstram precisamente os reais propósitos da pena.

No âmbito da pré-condenação, o código de processo penal possui como principal medida cautelar, a prisão preventiva, que teoricamente deve ser utilizada apenas quando extremamente necessário, devendo haver *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, além dos demais requisitos da legislação. Essa espécie de medida coloca o acusado em uma prisão com outros condenados, sem que este já tenha sido, de forma que não sabe-se sobre sua inocência ou culpa. Acontece, que mesmo estando expresso que essa medida deve ser uma exceção à regra (liberdade), tornou-se amplamente difundida e aplicada pelos magistrados ao redor do país, que passou a ter um número alarmante de presos preventivos.

Percebendo as repercussões e estando a caminho de sua total deslegitimação, o Sistema Penal cria as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do código de processo penal, sendo essas, alternativas ao cárcere da prisão preventiva, porém com restrições à liberdade do acusado.

Essas medidas, criadas pela lei 12.403 de 2011, tornaram-se um meio termo entre a liberdade e a prisão, de forma que a sociedade que clamava por humanização calou-se, enquanto a outra que pedia por punição, aceitou.

Por serem alternativas à prisão, acreditou-se não possuírem o direito de detração penal, não importando qual tipo de restrição à liberdade, nem a estigmatização, muito menos o tempo em que o acusado permanece sob elas.

Dessa forma, o presente trabalho possui como objetivo geral, pesquisar, a partir da criminologia crítica, acerca da impossibilidade de detração de pena dos brasileiros em medidas cautelares diferentes da prisão, e como objetivos específicos, examinar a deslegitimação do sistema penal e o descumprimento das funções da pena; analisar as medidas cautelares diferentes da prisão em comparação com penas propriamente ditas, especificamente o regime aberto e a inaplicabilidade da detração penal e estudar a relegitimação do sistema penal por meio das medidas cautelares diferentes da prisão.

O propósito deste trabalho está em responder a pergunta sobre qual a funcionalidade das medidas cautelares diversas da prisão no sistema de justiça criminal contemporâneo, humanização ou relegitimação? Nesse sentido, será dividido em 3 capítulos, além da introdução e conclusão.

Inicialmente, o primeiro capítulo tratará da deslegitimação do sistema penal e a perda das funções da pena, possuindo dois tópicos que explicarão as funções ocultas e declaradas da pena e o falso discurso legitimador do sistema penal.

O segundo capítulo abordará acerca das medidas cautelares diversas da prisão e a detração penal, sendo dividido em três tópicos que tratarão da criação do instituto das medidas cautelares e seus objetivos declarados, comparação entre as medidas cautelares diferentes da prisão e o regime aberto e da inaplicabilidade da detração penal nessa questão.

Por fim, o terceiro capítulo, discorrerá sobre a relegitimação do sistema penal por meio das cautelares diversas da prisão, sendo dividido em dois tópicos que irão discutir a ampliação dos instrumentos de controle social para além da prisão, com as medidas cautelares diversas da prisão como mecanismo de punição e as consequências da relegitimação do sistema penal.

Ademais, procura-se demonstrar a estigmatização do acusado que se vê sob as medidas cautelares diversas da prisão, as motivações do sistema penal na criação desse instituto, além das formas de controle social exercidos pelo sistema penal sob pessoas e classes específicas, do momento anterior a implementação das alternativas à prisão, ao momento atual brasileiro.

Para o presente trabalho será utilizado como metodologia o método dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa, com material bibliográfico de livros, teses e principalmente artigos, por ser um tema atual, para que se possa estudar os assuntos aqui contidos por meio da criminologia crítica. Utilizar-se-á, ainda, informações e estatísticas contidas em sites governamentais atualizados para corroborar com o entendimento bibliográfico.

2 A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL E A PERDA DAS FUNÇÕES DA PENA

O sistema penal, para tornar-se forte e legítimo na sociedade, necessariamente realiza promessas acerca da finalidade de seu funcionamento. Ocorre, que ao analisar a fundo essas promessas, estas tornam-se simbólicas e a partir de uma análise crítica, percebe-se que nenhuma delas é cumprida.

Para demonstrar isso, o presente capítulo será dividido em dois tópicos, que explicará quais as funções da pena declaradas pelo sistema penal, além daquelas ocultas, porém reais, e qual seu falso discurso legitimador, que se percebe irracional e incoerente com a realidade brasileira, onde suas promessas de funções da pena foram perdidas ou tornaram-se enganosas.

Tendo por base, então, autores que estudaram a fundo a criminologia crítica, o objetivo desse capítulo é apontar as falhas no discurso que legitima o sistema penal e como ocorreu sua deslegitimação.

2.1 FUNÇÕES OCULTAS E DECLARADAS DA PENA

Para que se entenda as motivações de impor o cárcere ao réu de um processo crime, deve-se analisar primeiramente o que o Estado declara ser as funções da pena e, após, as percepções das funções reais, ou ocultas da pena, de um ponto de vista crítico ao sistema penal.

O Art. 59 caput, do código penal, expressa:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**. (BRASIL, 1940)

Em atenção a esse artigo, percebe-se que o Sistema penal afirma e legitima-se através da declaração de que a pena deve existir para reprovação e

prevenção do crime. Acerca disso, Fábio Bozza (2005) apresenta duas teorias do discurso jurídico sobre os fins declarados da pena, a teoria retributiva e a preventiva, além da teoria mista, utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de explicar tais pontos, vale salientar que a pena foi e é utilizada pelo Estado como forma deste usufruir de seu poder para conseguir determinadas finalidades conforme a época e o lugar, ou seja, em cada momento histórico, a pena foi utilizada com diferentes intenções.

A teoria retributiva, conforme Bozza (2005, p. 7), nasceu em um estado absolutista, onde acreditava-se que o poder do soberano era investido por Deus (a política e a religião confundiam-se entre si), e a ideia divina de castigo era predominante na sociedade, de forma que declarava-se que a pena possuía a função de retribuição por um mal cometido (o delito), como supostamente seria um castigo bíblico.

Conforme Bittencourt (2018, p. 198-199), "no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus".

É certo que a função da pena que existia no absolutismo passou por mudanças conforme o Estado absoluto caía e a sociedade burguesa, bem como por fim o capitalismo, surgiram. (BOZZA, 2005, p. 06)

Nesse período, conforme o capital se acumulava e o Estado se desenvolvia, além das novidades que a burguesia trazia, tornou-se necessário mudar a função da pena e torná-la um instrumento do capitalismo e de proteção do capital. (BITENCOURT, 2018, p. 199).

A partir disso, a teoria retributiva deixa de pensar na pena como um castigo divino e passa a ser uma "retribuição da perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis". (BOZZA, 2005, p. 9). Torna-se uma compensação pela culpa de um delito, e a necessidade de fazer justiça. (BOZZA, 2005, p.10).

Sobre essa teoria, Bozza (2005, p. 24), demonstra que em uma sociedade capitalista, desenvolveu-se a pena privativa de liberdade porque "o tempo é a coisa mais importante e esta se baseia na privação do tempo, a mercadoria mais universal e mais disponível [...]. A pena é o valor de troca do crime."

Deixando, então, a teoria retributiva e seu ideal sem finalidade utilitarista, deve-se analisar a teoria preventiva, dividida em geral e especial.

A teoria preventiva, diferente da retributiva, abandona a lógica de que a pena existe apenas para punir e passa a justificá-la como um meio para impedir que um delito seja cometido e, caso seja, para que não volte a ser. (BITENCOURT, 2018, p. 2011).

Na prevenção geral, a pena se torna um exemplo para a sociedade. Aqueles que querem cometer um crime, teoricamente sentir-se-iam inibidos e desestimulados, além de aumentar a confiança da sociedade em seu ordenamento jurídico. (BOZZA, 2005, p. 25).

Segundo Bittencourt (2018, p. 2014), "a prevenção geral fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem", porém o autor demonstra uma particularidade dessa corrente: a de que essa teoria deixa de considerar que quem comete o delito possui a confiança de que não será descoberto. Dessa forma, através dessa teoria, não há realmente uma prevenção e inibição no cometimento de um crime.

Percebe-se melhor esse pensamento ao analisar o sistema carcerário brasileiro, que possui um código penal essencialmente punitivista, com penas privativas de liberdade beirando o absurdo, porém possui a 3ª maior população carcerária do mundo, conforme Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). (BRASIL, 2016).

Já a teoria da prevenção especial possui algumas diferenças. Para Bozza (2005, p. 30), tem como objetivo tratar especificamente o indivíduo que cometeu o delito, na forma de ressocialização, para que este volte à sociedade sem o ímpeto de reincidir. Pode, ainda, em outros sistemas de justiça, neutralizar ou eliminar o indivíduo para que não volte a cometer o delito, se achar que este é o melhor caminho. (BITENCOURT, 2018, p. 225).

Dessa forma, percebe-se que a mesma teoria (preventiva), possui diversos aspectos e funções da pena, alguns simbólicos e outros latentes.

Por último, quanto as teorias das funções declaradas da pena, deve-se analisar ainda as teorias unificadas, ou mistas, da pena.

Esta, basicamente, é a mistura de ambas vistas anteriormente, de forma a acabar com os problemas específicos de cada. Para Santos (2005, p. 12), as funções da pena se dariam da seguinte forma:

1) retribuição do injusto, por meio da compensação ou expiação da culpabilidade; 2) prevenção especial positiva, com o objetivo de emenda do autor do crime, pela ação correcional da execução da pena; 3) prevenção especial negativa, com a finalidade de atingir a segurança da sociedade por meio da mero isolamento do indivíduo; 4) prevenção geral negativa, através da intimidação de potenciais delinquentes, pela ameaça contida na ameaça de sanção contida na lei penal e; 5) prevenção geral positiva como reforço da confiança da população no ordenamento jurídico

Essa teoria é a que melhor explica o artigo 59 do código penal brasileiro, citado acima, compreendendo a retribuição e a prevenção em um mesmo sistema.

Bitencourt (2018, p. 230), ao fazer uma análise das teorias anteriores, aponta que, separadas, não conseguem compreender as complexidades do sistema penal e da sociedade e, por isso, trazem um grande risco à segurança pública. Por esse motivo, acredita que a teoria unificadora é a que melhor abrange os fenômenos sociais contemporâneos, sendo necessária para a atualidade.

Observando de perto o que foi descrito até esse ponto, percebe-se que as funções declaradas da pena não são realmente cumpridas, tendo em vista os altos índices de violência e insegurança jurídica na sociedade brasileira. Isso ocorre, não só porque houve uma perda, no passar do tempo, dessas funções, mas porque por de trás de cada uma existe uma função oculta e real, onde o sistema penal utiliza de seu poder conforme seus interesses.

Para a criminologia crítica, o poder e a dominação permeiam o sistema, que tem como principal objetivo a manutenção da ordem econômica pela gestão da criminalidade. (SANTOS, 1981, p. 64).

Nesse sentido, deve-se analisar a fundo todas aquelas motivações das funções declaradas vistas anteriormente e perceber em cada uma delas um objetivo real escondido no discurso jurídico.

Baratta (2002, p. 166) explana acerca da aplicação seletiva imposta pelo sistema penal:

Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ele age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo plano, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade

Para o autor, o sistema penal utiliza das funções declaradas da pena de forma distorcida, de modo que em uma análise mais profunda, percebe-se sua real intenção, podendo-se observar que o fracasso das funções da pena possa ser proposital.

Para Andrade (1997, p. 293), não existe apenas um descumprimento das funções declaradas da pena, mas sim funções opostas, com consequências diversas, tornando as primeiras, promessas falsas e vazias para um fim diverso. Torna o fracasso das funções declaradas, o sucesso das ocultas.

A autora afirma, ainda, que as funções reais, assim como as declaradas, possui uma dupla finalidade. Enquanto a segunda tem como objetivo reprimir e controlar a criminalidade e o crime, a primeira possui como objetivo reproduzir a criminalidade excluindo a classe dominante e selecionando a classe as dominadas, e reproduzir relações sociais. (ANDRADE, 1997, p. 291)

Complementando seu pensamento, Andrade (2003, p. 133) continua:

a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo, reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua a ‘ilusão de segurança’ por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida. Nesta esteira, refiro-me a uma dupla inversão, a saber, preventiva e garantidora do sistema penal.

Dessa forma, resta claro que a questão da pena não é sobre a perda de suas funções, mas sim como as funções ocultas atuam e legitimam o sistema penal, de forma a cumprir seu propósito de afirmar seu poder e direcioná-lo convenientemente para onde quiser. Não há, então, uma perda accidental das funções declaradas, pois estas não são o objetivo real do sistema de justiça brasileiro.

2.2 O FALSO DISCURSO LEGITIMADOR DO SISTEMA PENAL

Ao levar em consideração o descrito no tópico anterior, é possível observar que o sistema penal promete proteção à sociedade e segurança jurídica, utilizando-se das funções declaradas da pena para legitimar-se.

Para se falar em legitimidade do sistema penal, deve-se levar em consideração que seu discurso deve ser coerente com a realidade e realizar na prática suas promessas de segurança e proteção. (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

Sobre essa promessa, Andrade (2003, p. 140) afirma:

Pela sua dependência paradigmática e relativa autonomia, na dogmática penal, a promessa de racionalização e segurança jurídica que marca geneticamente o paradigma dogmático se traduzirá em promessa de racionalização do poder punitivo estatal e segurança jurídica na administração da justiça penal.

O discurso se torna utópico e irracional quando o sistema para de pensar na ressocialização e passa a se fundar apenas em punição específica como instrumento de controle social.

O ideário de humanização da pena, não condiz com a realidade, senão vejamos: Conforme dados gerais do INFOPEN (BRASIL, 2016), o número de pessoas privadas de sua liberdade no Brasil em junho de 2016 era de 726.712, que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90.

Ao mesmo tempo em que a população carcerária subiu, as taxas de violência também. Conforme IPEA (2017), o Brasil teve um aumento de 10,6% em homicídios, no período que compreende 2005 a 2015.

Analisando-se esses números, já pode-se começar a abordar a crise no discurso jurídico-penal que permeia este sistema.

Decorrente disso, Bitencourt (2017, p. 162) escreve:

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. [...] Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional.

Acontece que o discurso-jurídico penal se evade de responder esse problema, ocultando a situação crítica que impera o sistema penal e operando “através de uma delimitação discursiva arbitrária que evita confrontar a crise” ((ZAFFARONI, 2001, p. 12).

A perda do sentido da pena, ou o descumprimento de suas funções, se torna claro ao perceber que o ambiente carcerário não é propício para ressocialização, visto que uma pessoa que teve sua liberdade privada fica estigmatizada, não possuindo condições de interagir socialmente após seu desencarceramento, levando assim, à reincidência. (BITENCOURT, 2017, p.163).

Zaffaroni (2001, p. 134), discorre sobre essa estigmatização do apenado como "bandido".

A carga estigmática produzida por qualquer contato do sistema penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios ao sistema penal aos quais proíbe a coalizão com estigmatizados, sob pena de considerá-los contaminados, comportem-se como continuação do sistema penal. Cabe registrar que a carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como “vagabundos”, “chacais”, etc.

Pode-se analisar ainda, que o falso discurso que legitima o direito penal esconde as mazelas do cárcere, que possui grandes transgressões dos direitos humanos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 expressa em seu primeiro artigo um de seus princípios pilares.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

E continua em seu artigo 5º, incisos III e XLIX

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988)

Percebe-se, então, que o ideário constituído pela sociedade democrática de direito brasileira é o de tratamento digno ao ser humano, não importa em quais condições o indivíduo encontra-se. Porém, a situação de um apenado em pena restritiva de liberdade é totalmente diversa do idealizado e do discurso do sistema penal.

O encarceramento em massa aqui pode ser citado como uma forma de transgressão dos princípios constitucionais, pois impede a efetivação destes. Em um ambiente superlotado, a falta de higiene, os abusos, a violência, a tortura mental, entre outros pontos negativos tornam praticamente impossível que o preso se ressocialize. (BITENCOURT, 2017, p.163).

Para Madrid (2013, p. 115) "os detentos experimentam atrocidades inimagináveis em uma sociedade que discute direitos de 4º e até de 5º geração, mas que não consegue garantir direitos básicos na execução da sanção penal."

Acontece que em uma análise do ponto de vista de uma parte da sociedade que não tem contato com o cárcere, o discurso de que a pena é humanitária e ressocializadora torna-se legítimo, pois todos os campos de poder informam essa população de que as funções da pena não se perderam.

Segundo Alessandro Baratta (2004), mesmo com essas demonstrações de falha do sistema penal e da função da pena, a discussão da teoria sobre o tratamento e a ressocialização do apenado continua, e se dividiu em dois polos. Conforme Baratta (2004, p. 377):

En el primer caso, el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar sino únicamente neutralizar; que la pena carcelaria para el delincuente no representa en absoluto una oportunidad de reintegración en la sociedad sino un sufrimiento impuesto como castigo, se concreta en un argumento para la teoría de que la pena debe neutralizar al delincuente y/o representar el castigo justo por el delito cometido. [...] El reconocimiento del fracaso de la cárcel como institución de prevención especial positiva lleva en el segundo caso a la afirmación voluntarista de una norma contradictoria según la cual la cárcel, no obstante, debe ser considerada el sitio y el medio de resocialización.¹

Apesar dessas discussões, o autor não acredita no funcionamento de nenhum dos polos e nem da busca de alternativa para elas. Para ele, a primeira é uma falácia naturalista, enquanto a outra, idealista.

[...]la "falacia naturalista": se elevan los hechos a normas o se pretende deducir una norma de los hechos. En el segundo caso, con la nueva teoría de la resocialización, se incurren la "falacia idealista": se coloca una norma contradictoria que no puede ser realizada, una norma imposible.(BARATTA, 2004, p. 378)²

Pelo contrário, remete que a função da pena ainda deve ser de ressocializar, porém o cárcere é a variável que destoa o resultado, não havendo possibilidade de produzir efeitos úteis. (BARATTA, 2004, p. 377)

Madrid (2013, p. 90-91) disserta que o apenado em situação de encarceramento, ao invés de ser ressocializado, passa por um estágio de

¹ Tradução Livre: No primeiro caso, o reconhecimento científico de que a prisão não pode ressocializar, mas apenas neutralizar; que a sentença de prisão para o ofensor não representa de todo uma oportunidade de reintegração à sociedade, mas um sofrimento imposto como punição, é especificado em um argumento para a teoria de que a pena deve neutralizar o ofensor e / ou representar a justa punição para o infrator. crime cometido. [...] O reconhecimento do fracasso da prisão como instituição de prevenção especial positiva leva no segundo caso à afirmação voluntarista de uma norma contraditória segundo a qual a prisão, no entanto, deve ser considerada o lugar e meio de ressocialização.

² Tradução Livre: a "falácia naturalista": os fatos são elevados a padrões ou se destina a deduzir uma norma dos fatos. No segundo caso, com a nova teoria da ressocialização, incorre-se na "falácia idealista": coloca-se uma norma contraditória que não pode ser realizada, uma norma impossível

distanciamento da realidade e conseqüentemente, dos valores que esta impõe, e torna-se alguém que precisa sobreviver em uma realidade à parte com costumes, linguagem e regras próprias.

Conforme Madrid, (2013, p. 91):

os efeitos da desculturação e de prisionalização são contrários à proclamada função ressocializadora da pena privativa de liberdade, ou seja, ela educa para ser um “bom criminoso” e um “bom preso” e não para ser um homem livre.

Outro problema do sistema penal, e o porquê não acredita-se em seu discurso humanitário, é o fato de gerir o seu controle de forma desigual e seletiva, acertando e punindo previamente apenas certos indivíduos que se encaixam em seu estereótipo. (FOUCAULT, 1977, p. 74-75).

Em primeiro plano, o sistema de justiça brasileiro discursa que trata todos os que cometem delitos da mesma forma, porém percebe-se a realidade de forma diferente, onde o sistema penal escolhe quem, qual grupo, qual classe e qual pretexto punir. (BATISTA, 1990, p. 26)

Acerca dessa exclusão seletiva, Alessandro Nepomoceno (2004, p. 43) afirma:

[...] o poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas em lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder não vão ser 'escolhidas' para sofrerem a repressão do sistema pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal.

Logo, percebe-se que a prisão é apenas um instrumento de controle social das camadas dominantes, permitindo a seleção daqueles que não são realmente bem-vindos à sociedade e os separando conforme sua vontade.

Nesse sentido, Baratta (2002, p. 186) demonstra a falha do cárcere e sua real função:

Antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social.

Poder apontar essas questões significa que o discurso legitimador é tão superficial que, aproveitando as palavras de Zaffaroni (2001, p. 12), "se desarma ao mais leve toque com a realidade".

Dessa forma, fica caracterizada a crise de um sistema penal que se deslegitimou ao não conseguir cumprir suas funções declaradas e possui altas taxas de violência, bem como um grande número de pessoas privadas de sua liberdade, além de ser utilizado como um dos maiores instrumentos de controle social.

Resta claro, também, que o Sistema Penal não desiste de legitimar-se facilmente, querendo demonstrar-se necessário no estado democrático de direito. Assim, o próximo capítulo tratará de seu próximo passo para que essa crise deixe de existir.

3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A DETRAÇÃO PENAL

A sociedade brasileira, em geral eficientista, costuma a pedir por punições e penas mais gravosas àqueles que possuem comportamento diverso ao aceito culturalmente, passando a possuir a terceira maior população carcerária do mundo, conforme Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). (BRASIL, 2016).

A partir disso, foi criado o instituto das medidas cautelares diferentes da prisão, de maneira que o presente capítulo analisará cuidadosamente sua implementação e reais implicações para a dignidade humana.

Percebe-se que o cidadão criminalizado, conforme os preceitos da sociedade definidos como lei penal, só será visto como criminoso quando se tornar réu de um processo criminal, sendo que outra pessoa que tenha a mesma conduta e não seja encontrado pela autoridade competente, não será visto da mesma forma. Conforme Andrade (1995, p. 28) explica:

uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.

A problemática analisada será a questão das medidas cautelares diferentes da prisão preventiva, que são restrições de liberdade previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e acometem àqueles que a autoridade judiciária julgar serem um perigo para o processo ou para a sociedade. Com a justificativa de diminuir o encarceramento, o magistrado aplica essas restrições que possuem as mesmas condições do regime aberto, porém diferente deste, não é caracterizado como pena e, dessa forma, não possui detração em execução penal.

Essas medidas foram criadas pelo legislador como uma novidade devido à aparente deslegitimação do sistema penal e da perda da função da pena.

À partir da criação desse instrumento, o presente capítulo abordará os objetivos declarados de tal instituto, descrevendo seus requisitos para aplicação e sua funcionalidade na teoria.

Tratará, também, da comparação das medidas cautelares diversas da prisão com o regime aberto, de forma a demonstrar suas grandes semelhanças na real aplicação, tanto pelo ponto de vista prático em que o acusado cumpre as determinações do magistrado, quanto pelo ponto de vista psicológico que o cumprimento de ambos exige.

Por fim, após as primeiras demonstrações, o questionamento da detração penal deve ser realizado. As medidas cautelares diversas da prisão, enquanto restrições de liberdade aplicadas da mesma forma que o regime aberto trata, não são submetidas à detração penal, tendo os tribunais superiores determinado sua inaplicabilidade em processo de execução penal.

3.1 A CRIAÇÃO DO INSTITUTO DAS MEDIDAS CAUTELARES E SEUS OBJETIVOS DECLARADOS

A Lei 12.403/2011 trouxe novidades para o direito processual penal, como o instituto das medidas cautelares diferentes da prisão, questão relevante para esta monografia.

Elencadas no artigo 319 do código de processo penal, essas medidas cautelares criam uma alternativa intermediária à prisão e à liberdade para que o magistrado aplique à um acusado de praticar um delito, ou seja, o artigo consiste em medidas que limitam os direitos do réu, porém sem privá-lo de sua liberdade no cárcere do sistema de justiça. (LOPES JR, 2017, p.100).

Esse instituto reafirma o sistema penal ao declarar sua prioridade em relação a prisão preventiva, exigindo ainda os mesmos requisitos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* genéricos de sua alternativa cautelar. (LOPES JR, 2017, p. 99).

Torna-se claro que essa reforma acontece após as reiteradas falhas do sistema penal em manter a segurança e cumprir com seus objetivos declarados da pena, como visto no tópico anterior.

Ao adicionar ao código de processo penal brasileiro tais medidas, o legislador se preocupou também em definir, no artigo 282, em quais momentos poderiam ser aplicadas e por quais motivos.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941)

Ao observar essa determinação, pode-se perceber que as medidas cautelares diversas da prisão possuem um caráter substitutivo, o que deveria tornar a prisão a *ultima ratio* no sistema penal. (LOPES JR, 2017, p. 99)

Gomes (2011, p.171) explica:

Essas medidas visam garantir a eficiência da atividade persecutória estatal, a aplicação da lei penal, ou a garantia da ordem pública ou econômica. [...] Com a criação das medidas cautelares diversas da prisão, a ordem de

preferência deverá ser alterada: a prisão cautelar será, dentro de um juízo de proporcionalidade, a última medida cautelar a ser decretada.

Então, teoricamente, as medidas cautelares devem ser um instrumento de restrição parcial da liberdade para que haja um controle e acompanhamento do acusado durante a instrução ou processo criminal, porém com indícios suficientes de que há urgente necessidade para sua utilização. (NUCCI, 2014, p. 578)

Além de querer diminuir o enorme grupo de pessoas presas preventivamente, das quais ultrapassam 40% do total de prisões gerais, conforme informações do DEPEN (2016), outro problema tornou a criação do instituto das medidas cautelares diversas da prisão, imprescindível: A lentidão do sistema judiciário.

Ao prender preventivamente uma pessoa, o sistema de justiça a mantinha encarcerada por tempo superior ao devido, de forma que acusados passavam, pelo menos, mais de 90 dias presos esperando o julgamento de primeira instância, conforme dados do Infopen (2014).

Percebe-se que esses dados são posteriores à criação e modificação das medidas cautelares diversas da prisão, de 2011, e ainda assim, os acusados possuem seus direitos fundamentais feridos por conta da falha do sistema penal brasileiro em ser eficiente e humanizado.

A aplicação do artigo 319 do código de processo penal, além dos requisitos demonstrados acima, necessita também da observância de alguns princípios para sua legitimidade. Conforme Lopes Jr (2017, p. 100), o magistrado deve prestar atenção aos mesmos princípios presentes nas prisões cautelares, sendo eles: princípio da jurisdicionalidade e motivação, princípio do contraditório, princípio da provisionalidade, princípio da provisoriedade, princípio da excepcionalidade e princípio da proporcionalidade, que serão explicados brevemente a seguir:

O princípio da jurisdicionalidade e motivação está consagrado no art. 5º, LXI, da CF, segundo o qual "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos

de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei." Wedy (2013, p. 82) explica que:

É pela motivação que se aprecia se o juiz julgou com conhecimento de causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, tendo em vista que interessa à sociedade e, em particular, às partes saber se a foi ou não acertada. E, somente com a exigência da motivação, permitir-se-ia à sociedade e às partes, a fiscalização da atividade intelectual do magistrado no caso decidido.

Este princípio denota a importância da decisão da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, que só poderão passar a vigorar com a homologação do magistrado competente. (LOPES JR, 2017, p. 21)

Faz-se necessário, principalmente, que essa decisão esteja especificamente fundamentada, pois é nela que estará demonstrada a real necessidade para que haja a restrição da liberdade do acusado, não podendo o magistrado aplicar as medidas cautelares diversas da prisão em qualquer ocasião.

Para Távora, (2012, p. 589), a decisão de aplicar a medida cautelar deve indicar todos os fatos que autorizam a decretação desta, de forma que uma decisão com apenas a reprodução da lei, sem demonstrar a justificativa real, material e concreta para a aplicação, eivará a determinação de ilegalidade, que não atende à exigência constitucional.

O princípio do contraditório é um dispositivo constitucional, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, onde atua principalmente nas relações processuais, de forma a equilibrar a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado. Para isso, toda alegação feita no processo por qualquer uma das partes, dá o direito a outra a manifestar-se. (NUCCI, 2016, p.80).

Na questão das medidas cautelares, esse princípio está disposto no §3º do art. 282 do CPP, que diz:

§3º. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (BRASIL, 1941)

Esse parágrafo trata da oitiva do acusado para sua defesa, de forma que possa convencer o magistrado à não aplicar medidas cautelares em seu caso concreto, apresentando os motivos que demonstram a desnecessidade de tal determinação. É o ideal do princípio do contraditório. (LOPES JR, 2017. p. 23).

O princípio do contraditório é uma manifestação do Estado democrático de direito, sendo uma cláusula pétrea que manifesta a necessidade de segurança jurídica. Sobre essa questão, Dirley da Cunha Júnior, 2008, p. 678) explica:

[...] para o sucesso dessa garantia, é necessário que a pessoa tome conhecimento dos fatos que lhe atingem para poder, ouvida a respeito, deles se defender e apresentar as provas necessárias. Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade, pois viola frontalmente a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

A partir do exposto, resta claro a necessidade desse princípio no devido processo legal, mas também, mais especificamente, como instrumento de defesa na determinação das medidas cautelares diversas da prisão.

O princípio da provisionalidade pode ser encontrado no artigo 282, parágrafos 4º e 5º do código de processo penal.

Art. 282. (...)

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 1941)

Segundo Lopes Jr (2017, p. 24),

Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.

Esse princípio trata, então, da situação fática das medidas cautelares, de forma que só podem ser decretadas e permanecerem se existirem os motivos elencados no artigo 282 do código de processo penal.

Deve-se analisar, ainda, que as formas genéricas para aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, como a sua determinação para garantia da ordem pública, não deve mais ser aceita. O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº. 130636 que trata da prisão preventiva, decidiu que o termo "garantia da ordem pública" é um conceito extremamente impreciso e amplo, sendo que apenas sua utilização não é justificativa suficiente para manutenção da prisão. Nesse sentido, o mesmo vale para as medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, esse princípio determina que a decretação das alternativas à prisão deve conter a necessidade imediata da medida, demonstrando a especificidade e individualidade do caso do acusado em questão, sem atribuir formas genéricas.

O princípio da provisoriedade trata da questão do tempo da medida cautelar, de forma que esta deve ser breve, tendo em vista o caráter excepcional e temporário que possui. (LOPES JR. 2017, p. 25).

Ocorre que esse princípio é por vezes ignorado ao não existir uma determinação legal do período máximo que as medidas cautelares diversas da prisão devem durar.

Conforme Nucci, (2013, p. 107), através desse princípio, emerge também a questão da duração razoável da cautelar, onde ninguém deve ficar mais tempo preso do que deveria.

O princípio da excepcionalidade estabelece que a medida cautelar deve ser usado apenas em casos extremos, de máxima urgência, pois gera reflexos negativos para o acusado, que terá sua liberdade restrita e, portanto, deverá sobrevir de forma extraordinária. (WEDY, 2013, p. 71)

Restringir da liberdade de uma pessoa é uma questão grave, que deve ser analisada juntamente ao princípio da presunção de inocência. Por esse motivo, as medidas cautelares diversas da prisão, assim como as demais cautelares, devem ser aplicadas apenas excepcionalmente. (LOPES JR, 2017, p. 28)

Por fim, **o princípio da proporcionalidade**, conforme Aury Lopes Jr (2014, p. 822), é “Definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares”.

Esse princípio limita o poder jurisdicional do sistema penal, de forma a garantir ao acusado a adequação da medida cautelar de acordo com o delito por ele praticado (teoricamente, pois sendo uma fase processual prévia à sentença, o acusado deve ser considerado inocente).

A medida cautelar deve ser, então, proporcional ao crime cometido, não podendo ser mais severa que a pena que será aplicada ao final do processo, caso venha a ser. (RANGEL, 2011, p. 740).

Apesar de todos esses requisitos e princípios envolvidos na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, duas questões devem ser levadas em consideração. Primeiro, o fato de o rol do artigo 319 não ser taxativo, ou seja, o magistrado poderá aplicar outras medidas que achar necessária para garantir a continuação do processo, e segundo, as medidas podem ser cumulativas.

A criação do instituto das medidas cautelares se deu com o objetivo declarado de humanização, como alternativa à prisão preventiva e, conforme Lopes Jr (2017, p. 99), como forma de reduzir eventuais danos que sua alternativa cautelar infligia, porém, justamente por ser cumulativa e não taxativa, não deve ser banalizada, tendo em vista que as restrições impostas não possuem pouca gravidade.

3.2 COMPARAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO E O REGIME ABERTO

Primeiramente, antes de abordar a comparação entre as medidas cautelares diferentes da prisão e o regime aberto, algumas considerações iniciais devem ser feitas para melhor entendimento do presente tópico.

Ao aplicar uma pena privativa de liberdade ao acusado, o magistrado observará os regimes de cumprimento de pena previstos na legislação brasileira, sendo que existem três possibilidades: o regime fechado, o regime semi-aberto e o regime aberto.

Santos (2012, p. 474) explica como acontece essa determinação de regime inicial:

O *regime inicial* de execução da pena privativa de liberdade é determinado na sentença criminal condenatória (art. 59, III, CP): o regime *fechado* depende exclusivamente da *quantidade* da pena aplicada; o regime *semiaberto* e o regime *aberto* dependem da *quantidade* da pena aplicada e da *primariedade* do condenado.

A execução de cada regime de cumprimento se dará em um local diferente. Conforme Bitencourt (2017, p. 908):

O regime fechado será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto será executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, finalmente, o regime aberto será cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado.

Ressalta-se, ainda, que após a aplicação de qualquer um destes, há a previsão de progressão de regime, onde o apenado, que apresentou bom comportamento e cumpriu com o tempo mínimo determinado em lei, poderá progredir para o regime menos gravoso. (Bitencourt, 2017. p, 908)

O regime aberto, que é o mais relevante para a presente monografia, é um dos tipos de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade determinada por sentença condenatória e está previsto no código penal. (SANTOS, 2012, p. 479).

Considerado o menos rígido dos três regimes de cumprimentos, "baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado", conforme artigo 36 do código penal brasileiro. (BRASIL, 1940)

Pode ser determinado para cumprimento inicial da pena, caso a condenação seja de no máximo 04 anos de reclusão, ou então em progressão de regime, seguindo as regras da lei de execuções penais.

Seu cumprimento se dá, em tese, com recolhimento noturno e nos dias de folga em casa de albergado e, durante o dia, o condenado realiza o trabalho externo lícito sem restrições, porém, em caso de não haver casa de albergado, é permitido que a execução seja feita na própria casa do réu. (SANTOS, 2012, p. 479).

Sobre a possibilidade de cumprimento domiciliar, Santos, (2012, p. 480) destaca:

A permissão de recolhimento noturno e nos dias de folga na própria casa do condenado aparece como alternativa prática, necessária e justa para evitar os efeitos nocivos da prisão sobre a personalidade do preso, em face da ausência generalizada de *casas de albergado* no Brasil.

A implementação desse regime no sistema de justiça ocorre sob o argumento explicado no capítulo anterior, o de ressocializar o acusado na sociedade. Isso acontece porque seu formato prevê a reinserção do réu na família, com contato direto, além de condicionar seu cumprimento ao trabalho lícito. (BITENCOURT, 2017, p. 914)

Tendo em vista essa introdução, pode ser feita a comparação com a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Para concessão do regime aberto, há condições gerais que devem ser cumpridas, previstas no artigo 115 da lei de execução penal, além da existência da previsão de condições especiais que podem ser impostas pelo juiz sem prejuízo das obrigatórias. Já as medidas cautelares diversas da prisão, constam no artigo 319 do código de processo penal. Seguem respectivamente no quadro abaixo:

QUADRO COMPARATIVO	
Condições gerais do Regime aberto	Medidas cautelares diversas da prisão
<p>I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;</p> <p>II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;</p> <p>III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;</p> <p>IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado. (BRASIL, 1984)</p>	<p>I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;</p> <p>II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;</p> <p>III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;</p> <p>IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;</p>

	<p>V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;</p> <p>VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;</p> <p>VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;</p> <p>VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;</p> <p>IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, 1941)</p>
--	---

Em uma breve análise do quadro acima, percebe-se que, de quatro incisos existentes nas condições obrigatórias do regime aberto, três estão presentes como medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas.

O inciso primeiro do artigo 115 da lei de execuções penais, que trata do repouso (obrigatório) domiciliar, aparece de forma semelhante no inciso V do artigo 319 do código de processo penal.

Sobre esse inciso como medida cautelar, Lopes Jr. (2017, p. 105) esclarece:

É uma medida cautelar que pode servir a diferentes fins, desde minorar o risco de fuga (ainda que com pouca eficácia), tutela da prova (já que o imputado ficará nos limites trabalho-domicílio) e até mesmo escopos meta cautelares (e, por isso, censuráveis), como prevenção especial e geral.

Essa condição/medida, impõe ao acusado que, durante o horário determinado pelo magistrado, além dos dias de folga, fique em sua residência, tendo sua liberdade de ir e vir restringida nesses momentos.

O terceiro inciso do artigo 115 da lei de execuções penais aborda a impossibilidade do apenado sair da comarca sem autorização judicial, e percebe-se, repete-se de forma idêntica no quarto inciso do artigo 319 do código de processo penal.

Esse texto foi implementado pelo legislador como uma medida cautelar sob o argumento de que diminuiria o risco de fuga do acusado, e foi tratado de forma leviana ao ser adicionado que sua aplicação depende da conveniência para instrução ou investigação, o que abriu uma grande margem para que o magistrado interprete e aplique da forma que achar necessário. (LOPES JR. 2017, p. 104)

Medrado (2015, p. 136), opina acerca da aplicação dessa medida:

a medida cautelar em análise possui âmbito propício e mais adequado de aplicação especialmente nas situações em que houver perigo de fuga, ou seja, quando houver risco para a aplicação da lei penal. O intuito mais próprio desta medida, portanto, será de evitar especialmente a fuga do réu do distrito da culpa.

Ocorre que não há previsão em lei expressando o intuito dessa medida cautelar, porém em comparação com o regime aberto, entende-se que o objetivo é o mesmo.

O quarto inciso do artigo 115 da lei de execuções penais assemelha-se ao texto encontrado no primeiro inciso do artigo 319 do código de processo penal, onde há uma imposição pela parte do magistrado de que o acusado deve comparecer em juízo para justificar suas atividades.

Para Lopes Jr. (2017. p. 101), "É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal."

Em ambos artigos não há determinação legal da periodicidade que o magistrado deve impor para comparecimento em juízo, cabendo somente a ele tal deliberação (MEDRADO, 2015, p. 131).

Sobram, então, outros incisos do artigo 319 do código de processo penal que não estão previstos no semelhante artigo 115 da lei de execuções penais: O inciso II, III, VI, VII, VIII, IX. Estes, que podem ser analisados na tabela acima, também restringem parcialmente a liberdade do acusado, tendo como exceção o inciso VII, que trata da internação provisória do réu e restringe totalmente sua liberdade.

Ressalta-se, ainda, que as medidas cautelares diversas da prisão são cumulativas, ou seja, o magistrado poderá determinar a aplicação de vários incisos, simultaneamente, da mesma forma que são tratadas as condições gerais do regime aberto.

3.3 A INAPLICABILIDADE DA DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO

Previsto no artigo 42 do código penal, o instituto da detração penal trata do computo de tempo que o acusado no sistema de justiça esteve com sua liberdade cerceada, seja cumprindo pena privativa de liberdade, medida de segurança, prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e prisão administrativa. (NUCCI, 2014, p. 338)

Assim, pode-se usar como exemplo um réu em processo criminal que é preso preventivamente e passa noventa dias preso até que o magistrado determine sua liberdade provisória. Após um tempo, a sentença de seu processo impõe o cumprimento de 4 anos e 3 meses em regime semi-aberto, tendo trânsito em julgado. Será aberto, então, um processo de execução penal em seu nome, onde o juízo competente subtrairá da pena de 4 anos e 3 meses o tempo em que esteve preso preventivamente, ou seja, ele terá de cumprir uma pena final de 4 anos.

Dotti (2002, p. 605), esclarece:

A detração visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória.

Ocorre que, ao serem criadas as medidas cautelares diversas da prisão contidas no artigo 319 do código de processo penal, o legislador não preocupou-se em acrescentar a previsão legal para que o instituto da detração penal possa ser aplicado a elas. (BOTTINI, 2013, p. 09)

Como visto no tópico anterior, as medidas cautelares diversas da prisão possuem condições semelhantes às contidas no cumprimento de regime aberto domiciliar, além de serem cumulativas, porém, diferente deste, os tribunais não as reconhecem como restrições graves para a liberdade do acusado e, por isso, não admitem detração penal.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico para denegar pedidos de detração penal em casos de medidas de cautelares diversas da prisão, como demonstrado abaixo:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. PEDIDO DE DETRAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ART. 42 DO CP. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1.

Segundo orientação desta Corte, descabe detrair das penas o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, em especial a medida consistente no comparecimento periódico em Juízo, porquanto o art. 42 do Código Penal não prevê a aplicabilidade do benefício a essas hipóteses. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1737976/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Descabe detrair das penas o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, porquanto o art. 42 do CP não prevê a aplicabilidade do benefício a estas hipóteses.

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1457535/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 23/04/2018)

Entende-se que o não reconhecimento da detração penal fere o princípio *no bis in idem*, tendo em vista que o acusado acaba sendo punido duas vezes pelo mesmo motivo (BARROSO; GOES, 2016, p. 06).

Deve-se observar que medidas como o recolhimento noturno, proibição de sair final de semana, proibição de sair da comarca, proibição de frequentar lugares e uso de tornozeleira eletrônica, são formas de impedir que o acusado, mesmo antes de ser considerado culpado por um crime, tenha liberdade de ir e vir. (BOTTINI, 2013, p. 09)

Sobre as medidas cautelares Nucci (2012, p. 389) afirma que elas "implicam restrição antecipada à liberdade individual. Algumas possuem maiores limitações que outras e, sob tal enfoque, entendemos deva ser apreciada a viabilidade de detração"

Tendo isso em vista, percebe-se que o acusado, após sentença com trânsito em julgado, sai prejudicado, pois pode estar há dois anos tendo que recolher-se em sua residência no horário determinado e devendo manter-se em casa em horário estipulado. Ele acaba cumprindo quatro anos, de forma que sua pena que deveria ser menor, torna-se um cumprimento no formato de um delito mais grave.

Resta claro que no artigo 319 do código de processo penal estão previstas medidas cautelares que restringem a liberdade, umas de maior grau e outras de menor, porém todas vedam questões importantes para a dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2013, p. 74)

Como alternativa a esta questão, uma corrente de juristas entende que há possibilidade de detração penal se levar em conta a analogia prevista na legislação.

Bobbio (1997, p. 151), explica a analogia:

O procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante. [...] a analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados.

Pela analogia, então, seria possível usar a detração penal do regime aberto, ou das penas restritivas de direito, para preencher a lacuna da falta de previsão para as medidas cautelares diversas da prisão, levando em consideração a gravidade de cada uma.

Menezes (2012): Defendemos que haja concessão da detração penal, nos casos em que o condenado tenha cumprido medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Se o legislador não proibiu, entendemos que na omissão, esta deverá ser suprida com o emprego de analogia *in bonam partem*.

Verifica-se, porém, que mesmo a doutrina aceitando a analogia *in bonam partem* quando percebida falta de lei que supra uma questão, os tribunais superiores ainda denegam pedidos nesse sentido, permanecendo ferindo os direitos fundamentais do ser humano, como visto nas decisões citadas acima.

A motivação do Sistema Penal e do judiciário, para não aceitarem a analogia *in bonam partem*, ou então do legislador, ao não adicionar um artigo específico na legislação para a aceitação de detração penal nos casos de medidas cautelares diversas da prisão, necessita de uma cuidadosa análise, sendo que torna-se possível entender a intencionalidade dessa situação ao perceber as alternativas à prisão como forma de expansão do controle social e relegitimação do sistema penal, questões que serão estudadas no capítulo a seguir.

4 A RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL POR MEIO DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Devendo a prisão ser *ultima ratio*, caso estejam presentes requisitos para o acusado ser detido cautelarmente, o juízo aplicar-lhe-á medidas cautelares diferentes da prisão iguais as condições do regime aberto, privando parcialmente sua liberdade até o julgamento, ou até a condenação em segundo grau dessa pessoa. Essa aplicação seria justificada como sendo uma forma de humanização do sistema penal, para evitar o cárcere desnecessário.

Por essa razão, caberia ao juízo da execução penal, se posteriormente o Réu for condenado, computar como detração de pena as medidas cautelares diferentes da prisão, impostas e cumpridas até o momento da condenação, pois diferente disso pode ser pensado como antecipação de pena.

No entanto, como o réu preso preventivamente é aquela pessoa que a sociedade deseja que não faça parte dela, a problemática de construir um entendimento sob o prisma da criminologia crítica de que as medidas cautelares que antecedem uma condenação são desmedidas e servem como punição prévia, ocorre justamente por estar intrínseco na maioria dos brasileiros o eficientismo, onde acreditam que as penas devem ser majoradas, bem como o tempo de prisão.

Dessa forma, de acordo com o paradigma da reação social, resta claro que esse réu com medidas cautelares é fruto de uma construção social que não se importa com sua dignidade e sua aplicação se torna uma falsa tentativa de humanização, para relegitimar o sistema penal.

Diante do exposto, o presente capítulo tem o escopo de analisar as medidas cautelares diversas da prisão como um mecanismo de controle social, além de uma forma de relegitimação do sistema penal.

4.1 A AMPLIAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL PARA ALÉM DA PRISÃO: AS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMO DE PUNIÇÃO

Como visto no capítulo anterior, em uma comparação entre o regime prisional aberto e as medidas cautelares diversas da prisão, as semelhanças são

inegáveis e, mesmo assim, o direito do réu que se vê restrito de sua liberdade na fase processual pelas medidas cautelares diferentes da prisão é desigual, pois não há possibilidade de detração penal para este, mesmo que no primeiro haja condenação e no segundo, não.

Dessa forma, faz-se necessário entender o possível motivo para a impossibilidade de detração penal na questão tema da presente monografia, e analisar se esse instrumento (medidas cautelares diversas da prisão) que tira o foco do cárcere presente nas demais cautelares, "rompe com a lógica punitivista ou simplesmente o revigora, ressignificando-a a partir da fusão com o correccionalismo" representando apenas "reformismo tecnocrático, conservador e relegitimador da instituição carcerária." (CARVALHO, 2010, p. 10)

Para Lopes Jr (2017, p. 100), A criação e implementação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do código de processo penal, com um objetivo declarado falsamente humanizado, torna-se facilmente um meio de controle social de um sistema deturpado, que banaliza a gravidade das restrições que ela impõe.

Aury Lopes JR. (2011, p.121), aborda sobre o controle estatal sobre as medidas cautelares diversas da prisão:

O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade penal e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade) passaram a ser objeto de intensa incidência de restrições. O que se buscava com a reforma era reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual. Mas infelizmente foi isso o que ocorreu.

Na visão deste autor (2011, p. 121), observa-se que a implementação dessas medidas, ao invés de romper com a estrutura punitivista do cárcere, abre margem para o sistema penal selecionar seus indivíduos e cercear seus direitos discricionariamente.

Acerca da seletividade do sistema penal, Nilo Batista (1990, p. 26) elucida:

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas,

integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas.

Vasconcellos (2013, p. 128) expressa que a institucionalização das alternativas à prisão serve para manter o controle estatal legítimo, ao mesmo tempo que cede ao clamor humanitário de pequena parte da sociedade, que param de atacá-lo e contentam-se com esse falso objetivo.

Sobre essa questão, Apolinário continua:

Trata-se, portanto, de um remanejamento do poder de castigar, multiplicando sua incidência, aumentando sua eficácia e diminuindo seu custo político, fazendo da punição e da repressão uma função regular, coextensiva à sociedade; não deixar de punir, mas punir com mais inteligência, propagando a necessidade do controle e da punição no espaço público.

Nesse sentido, pode-se perceber, conforme o capítulo anterior, que não houve diminuição no número de pessoas encarceradas, de forma que as medidas cautelares diversas da prisão tornaram-se apenas mais uma forma de punição e seleção da marginalização.

Acerca disso, Santos (2007, 604-605) explica:

A concentração dos substitutivos penais em crimes de menor gravidade, parece revigorar a instituição da prisão em duas direções principais: a) a prisão como “último recurso” para os chamados “casos mais duros”: o sistema de controle social ampliado (mais pessoas controladas) e diversificado (maior quantidade de instituições auxiliares de controle) é reforçado pela possibilidade de reconversão dos substitutivos penais em futuros reencarceramentos; b) a prisão como instituição indispensável à eficácia dos substitutivos penais, legitimada como centro do “arquipélago carcerário”, com novas estratégias e métodos que controlam, de forma mais intensa e mais generalizada, a população marginalizada do mercado de trabalho e do consumo social.

Não encontra-se sentido na inaplicabilidade da detração penal quando percebe-se a gravidade das medidas que são impostas ao réu que nem foi condenado ainda, de forma que torna-se expressiva a tentativa do sistema penal de relegitimar-se sobre o custo do acusado.

Percebe-se que o sistema de justiça brasileiro instituiu as medidas cautelares alternativas à prisão sob o argumento de diminuir a criminalidade, ao mesmo tempo em que transformava o cárcere em *ultima ratio* e, para isso, reforçou a concepção da "pena" como instrumento de repressão e castigo, restringindo os direitos e garantias individuais. (SOUZA, 2013, p. 07)

Souza (2013, p. 08), disserta acerca da contradição do discurso humanitário sobre esse tema:

O discurso despenalizante e humanitário fortaleceria o viés igualitário presente na sociedade brasileira, mantendo, no entanto, a lógica classificatória e hierarquizante através do recrudescimento das penas, com a ampliação da criminalização e da seleção das populações vulneráveis.

Além disso, deve-se observar que inicialmente as medidas cautelares diversas da prisão apenas poderiam ser aplicadas nos casos em que coubesse prisão preventiva, tornando-a realmente uma alternativa. (LOPES JR, 2017, p. 99).

Ocorre que sua aplicabilidade tornou-se muito mais ampla, de forma que a jurisprudência passou a permiti-la até mesmo em situações que não caibam prisão preventiva, conforme previsto no artigo 313 do código de processo penal(LOPES JR, 2012, p. 853-854) demonstrando uma vez mais a forma de controle social do Estado, que pune conforme sua vontade.

Porém, não deve o magistrado deixar de analisar os impactos causados àquele sob medidas cautelares diversas da prisão, que ficarão, mesmo se absolvidos, estigmatizados pela sociedade punitivista que olha apenas sua situação de marginalizado. Para Giacomolli e Maya (2016, p. 185)

As medidas cautelares, mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora de menor intensidade do causado pelo recolhimento ao cárcere. Este, embora não resulte de uma sentença penal condenatória, produz os mesmos danos e sofrimentos do recolhimento à prisão após uma sentença penal condenatória. Nesta, inclusive, o condenado poderá ser posto imediatamente no regime da condenação, o que não ocorre na prisão preventiva, situação assemelhada ao cumprimento da pena em regime integral fechado.

Além da estigmatização, observa-se as mazelas do acusado que se vê, repentinamente e talvez sem necessidade, não podendo frequentar determinados locais, sair de seu município, usar tornozeleira eletrônica, tendo que deslocar-se de sua residência até outro local determinado para assinar e justificar suas necessidades, dentro de um horário específico, e ter que pedir permissão para um magistrado para qualquer que seja a atividade que não esteja nos parâmetros de suas cautelares. Tudo isso sem ter o direito sequer de detração penal após sua condenação.

Ora, é de se pensar que o Estado está punindo duas vezes, e sob aplausos de uma sociedade que acredita cegamente que o encarceramento, a repressão, a punição e a seleção de pessoas, a torna mais segura.

A questão central a ser observada, então, é o possível *bis in idem* das medidas cautelares diversas da prisão, tão discutido no tema da prisão preventiva e deixado de lado neste. (BARROSO; GOES, 2016, p. 06)

Não poder sair de casa após determinado horário não deixa de ser uma espécie de prisão (BOTTINI, 2013, p. 09), se percebido que uma vigilância externa estará sob o acusado, garantindo que este não possa ausentar-se dali, sob pena de encarceramento em prisão preventiva.

Sobre a tentativa de relegitimação do sistema penal e seus discursos, Zaffaroni (1991, p.13) expressa:

É bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos - por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas -, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa.

Nesse sentido, acredita-se que a política das alternativas à prisão, ao invés de romper com o punitivismo e eficientismo, conforme declara o sistema, apenas relegitima a lógica do encarceramento. (CARVALHO, 2010, 08)

Percebe-se que a medida em que tais as cautelares pessoais trazem dor e sofrimento, estas não rompem de forma alguma com o modelo de punição atual, mas servem como sistemas adicionais do modelo carcerário. (CARVALHO, 2010, 09)

Aplicando a visão de Baratta (1991, p. 254) analogicamente as medidas cautelares diversas da prisão, estas não devem ser olhadas com respeito por terem uma finalidade diversa daquela discursada: A relegitimação do sistema penal.

Para o autor:

Cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y menos danosas las condiciones de vida en la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respecto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución carcelaria en su conjunto. (BARATTA, 1991, p. 254.)³

A partir do exposto, pode-se entender que a implementação das medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento jurídico brasileiro, no geral efficientista, se tornou apenas mais uma forma deste se relegitimar e expandir seu controle para além da prisão, selecionando aqueles indivíduos estereotipados para permanecerem com sua liberdade semi-privada por tempo indeterminado e, após a prolação da sentença, não possuirão também detração de pena.

4.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

O Sistema Penal, sendo agência formal que utiliza as medidas cautelares diversas da prisão como ferramenta de controle social do Estado, discursa para a sociedade reiteradamente afim de manter-se legítimo e assim, permanecer com a manutenção da realidade, do cárcere e da coletividade. (Bandeira, 2013, p. 14)

Andrade (2003, p.98) explica que legitimação nada mais é que o processo mediante o qual se atribui a legitimidade ao sistema. "Trata-se do processo de

³ Tradução Livre: Qualquer medida que possa ser tomada para tornar as condições de vida na prisão menos dolorosas e menos prejudiciais, mesmo que apenas para uma pessoa condenada, deve ser vista com respeito quando é verdadeiramente inspirada pelo interesse nos direitos e destino dos detidos, e vem de uma vontade de mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cujo propósito e funções são legitimar através de qualquer melhoria a instituição prisional como um todo.

reprodução ideológica do Sistema Penal e produção de consenso (real ou fictício) a seu respeito tanto em relação aos agentes do sistema, como ao público em geral." (ANDRADE, 2003, p. 98)

Para Bandeira (2013, p. 13) O sistema penal legitima-se e relegitima-se "como expressão da vontade popular, através de diálogo social. A passagem da consciência moral individual para a intersubjetiva vem por reconhecimento e, assim, o consenso objetiva as instituições sociais."

Necessita, dessa forma, do apoio cego das massas, sob pretexto de ser a única solução para combater a criminalidade e manter a população segura.

Andrade (1991, p. 106), trata da segurança como uma moeda de troca entre a sociedade e o sistema penal.

A segurança do homem tem sido colonizada e hegemônica pela exigência de segurança do próprio sistema social que o sistema penal contribui a reproduzir exercendo seu poder contra alguns homens (os mesmo expropriados na partilha real do poder) em benefício dos outros.

Bandeira, (2013, p. 15), disserta sobre o perigo do discurso relegitimante do Sistema Penal:

O discurso relegitimante sistêmico criminal é fórmula perigosa para relegitimar sistema penal, uma vez que toma em consideração o sistema e não as pessoas. Dessarte, ele transfere a proteção para as estruturas já postas, que são protetoras das situações estabelecidas e conjunto de poderes atuantes.

Ocorre que a sociedade, que convive diariamente com lembretes de que precisam de segurança, seja nos jornais, televisão ou mídias sociais, distanciam-se da realidade por falta de visão crítica e extremo "legalismo exegético", dando suporte ao punitivismo exagerado e específico do Sistema. (ADEODATO, 2009, p. 310)

Sobre essa imposição de necessidade de segurança à Sociedade, Gloeckner (2012, p.13) explica sua efetividade:

Uma política criminal de índole "afetual", reforçada pelos sentimentos das vítimas e pela insegurança generalizada institui o marco ideal para a proliferação do que Garland denomina "criminologia do outro", o que

significa pensar o delinquente como anormal, estranho, inassimilável à cultura dos valores hegemônicos.

Cohen (1988, p. 51) demonstra, ainda, que manter um estado de conflito permanente é uma situação estrategicamente explorada pelo direito penal. Isso acontece para que a sociedade tenha a sensação de que a punição é a única solução para a segurança pública.

A reafirmação da segurança mostra-se perigosa ao demonstrar-se falsa. Zaffaroni (1991, p. 27) lembra que "compramos a suposta segurança que o sistema penal nos vende, que é a empresa de mais notória insolvência estrutural de nossa civilização".

Deve-se analisar, ainda, a real motivação do sistema em criar de tempos em tempos ferramentas desencarceradoras e que, em tese, serviriam para humanizar o tratamento do acusado, como é o caso das medidas cautelares diversas da prisão.

Para Cohen (1988, p. 65), o conjunto de medidas alternativas, além de não serem necessariamente mais humanizados, existem para que o sistema se expanda e passe a submeter outros grupos, que anteriormente não eram selecionados pelo direito, ao poder do Estado.

Nesse sentido, entende-se que as medidas cautelares diversas da prisão, ao invés de diminuir a incidência de prisão preventiva, passaram a adicionar outros atores ao sistema, que antes permaneceriam soltos, porém agora passam a ter sua liberdade restringida. Cohen (1988, p. 87), afirma que é essa terceira opção, o meio termo entre o cárcere e a liberdade, que permite uma extensão e fortalecimento do Sistema.

Sobre a expansão do controle social, Cohen (1988, p. 88), afirma:

llegamos finalmente a algo similar al reverso de todas las justificaciones radicales en las cuales se basaba la estrategia de la derivación: reducción de estigmas y etiquetamiento, no internación, disminución del énfasis en el tratamiento individual, más justicia y reducción del volumen de casos en el sistema. En vez de ello, se ha adelantado la intervención, se capta a más

desviados, se extiende a aquellos que todavía no estan formalmente catalogados y se desarrolla de forma más intensiva.⁴

Cohen, (1988, p. 112), aborda, ainda, a problemática da questão das alternativas, ao afirmar que não são reais, tendo em vista serem apenas suplementos de punição.

Pero la palabra alternativa, debiera alertarnos de los problemas inmediatos que presentan las nuevas redes. La pretensión de estar haciendo más bien (o menos daño) es menos válida si las alternativas no son verdaderas alternativas sino suplementos.⁵

Percebe-se, também, que além de haver um incremento no número de pessoas sob o controle social, há, ainda, um incremento geral na intensidade da intervenção do Sistema ao tratar dos antigos e novos acusados. Cohen (1988, p. 74), afirma que passa-se a ser utilizado níveis de intervenção para diferentes tipos de delito.

Além disso, Cohen, (1988, p. 147), demonstra, que o Sistema Penal propositalmente frustra suas reformas.

El sistema de justicia penal, propulsado por su propia dinámica, funciona para resistir, distorsionar y frustrar los propósitos originales de estas reformas. Estas dinamicas son internas del sistema (procesos interactivos por los que cambios en un segmento accionan cambios en otros, u operaciones de grupos de presión intentando expandir su esfera de por) y externas o dialécticas (contradicciones de la sociedad circundante, ideologia e política económica).⁶

⁴ Tradução Livre: Finalmente chegamos a algo semelhante ao inverso de todas as justificativas radicais em que a estratégia de derivação entrou em contato: redução de estigmas e rotulagem, não internação, redução da ênfase no tratamento individual, mais justiça e redução do volume de casos no sistema. Em vez disso, a intervenção foi avançada, mais desviados são capturados, se estende àqueles que ainda não estão formalmente catalogados e se desenvolve de forma mais intensa.

⁵ Tradução Livre: Mas a palavra alternativa deveria nos alertar para os problemas imediatos apresentados pelas novas redes. A alegação de estar fazendo mais bem (ou menos mal) é menos válida se as alternativas não forem alternativas verdadeiras, mas sim suplementos.

⁶ Tradução Livre: O sistema de justiça criminal, impulsionado por sua própria dinâmica, trabalha para resistir, distorcer e frustrar os propósitos originais dessas reformas. Essas dinâmicas são internas ao sistema (processos interativos pelos quais as mudanças em um segmento desencadeiam mudanças em outras, ou operações de lobistas que tentam expandir sua esfera de ação) e externas ou dialéticas (contradições da sociedade circundante, ideologia e política econômica) .

Nesse sentido, pode-se entender as medidas cautelares diversas da prisão como uma ferramenta de ampliação do controle social, de forma que pode-se perceber que a falta de previsão de detração penal é proposital, demonstrando a falsidade do discurso humanizado que sua criação levou, bem como o real objetivo de extensão da punição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para entender a proposta da delimitação do tema, tornou-se necessário abranger alguns elementos intrínsecos a ele. Para isso, foi abordado no primeiro capítulo a questão da deslegitimação do sistema penal e a perda das funções da pena, pontos imprescindíveis para a compreensão dos resultados da crise do Sistema, onde mais adiante pode-se perceber seus resultados. Pensando sob essa ótica, percebeu-se que perda das funções declaradas da pena não foi um evento accidental, pois essas nunca foram as reais funções, que permaneceram ocultas, porém permitiram que o Estado manifestasse seu poder conforme sua conveniência.

A partir disso, compreendeu-se que após diversas súplicas por outras agências formais, bem como parte da sociedade, para que os métodos de punição e prevenção do sistema penal tornassem-se humanizados, foram criadas as medidas cautelares diversas da prisão, instituídas pela lei 12.403/2011, que trouxeram um meio termo entre a liberdade e a prisão preventiva em momento anterior à condenação do acusado.

De forma a responder a problemática no presente trabalho, se as medidas cautelares diversas da prisão foram criadas para humanização ou relegitimação, foi necessário explanar acerca dessa criação, bem como demonstrar que sua aplicação é notavelmente similar ao regime de cumprimento de condenação aberto, possuindo os mesmo requisitos. Ocorre, que durante essa demonstração, pode-se perceber que a falta de aplicabilidade de detração penal é uma situação que banaliza a condição do acusado, que permanece com sua liberdade restrita, porém sem a aplicação de seu direito.

Com essa questão, abrem-se também outros ramos, como o possível *bis in idem* dessa ocorrência, além do ponto chave do presente trabalho: A relegitimação do Sistema Penal.

Foi abordado, então, no terceiro capítulo, a questão da relegitimação do sistema penal, tendo em vista que não há justificativa para que essa instituição não aplique a detração penal nos casos de medidas cautelares diversas da prisão, visto

que mesmo por omissão do legislador, outras formas de aplicabilidade são possíveis, sendo que no presente trabalho foi citada a analogia *in bonam partem*, que permite, expressamente, que em casos de omissão legislativa, pode ser aplicada uma lei análoga em favor do acusado.

De modo geral, esse capítulo conseguiu corroborar com a intenção inicial de demonstrar que o Sistema Penal, ao invés de diminuir encarceramento, estigmatização do acusado, melhorar o tratamento individual e humanizar seus métodos, ele expandiu seu controle para instrumentos além da prisão.

O Sistema Penal, com a criação das medidas cautelares diversas da prisão, mostrou-se cada vez mais amplo no sentido de punir mais. Agora, além das opções liberdade e prisão, passa a ter a terceira, onde o acusado possui sua liberdade semi-privada. Demonstrou-se, com os dados governamentais, que a prisão preventiva não diminuiu, de forma que o Estado apenas passou a controlar outra parte da sociedade que antes não estavam sob seu poder diretamente.

Percebeu-se, ainda, no decorrer do trabalho, que através dessas alternativas à prisão, passou a relegitimar-se, porém não seria possível sem o apoio da sociedade, que em uma ilusão de segurança, trocou sua proteção pela legitimação do Sistema Penal, sem entender exatamente quais as consequências de sua, cada vez maior, extensão.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos e no senso comum. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 16, n. 30, p.24-36, mar. 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: Sistema penal máximo versus cidadania mínima. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011.

BANDEIRA, Rafael Cruz. Constituição, discurso jurídico-penal e argumentação: a busca pela redução das incongruências punitivas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Minas Gerais, p.01-21, mar. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Resocialización o Control Social**: por un concepto crítico. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf. Acesso em: 23 mar. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema penal**. Montevideo: B de F Ltda, 2004.

BARROSO, Edson Amorim; GOES, Moisés de Almeida. **Detração penal**: medidas cautelares diversas da prisão. a possibilidade de aplicação do instituto da detração penal às medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 CPP, aplicadas pelas varas criminais da comarca de porto velho-ro, no período de 2013 a 2015. 2016. 20 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Católica de Rondônia, Porto Velho, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BEZERRA, Paulo César S. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BIANCHINI, Alice. MARQUES, Ivan Luís. GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares. Comentários a lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão..** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 311 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MEDIDAS CAUTELARES PENAIS (LEI 12.403/11): Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista eletrônica de direito penal Aidp-gb**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.1-11, jun. 2013. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152/5127>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Nova lei peca nas chances de detração penal.** 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detracao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BOZZA, Fábio da Silva. **Finalidades e fundamentos do direito de punir: do discurso jurídico ao criminológico.** 2005. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1.940. Poder Executivo, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1.941. Poder Executivo, 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais.** Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1.984. Brasília, DF: Senado, 1984.

BRASIL. **Ministério da Justiça.** Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE [...]. Acórdão nº 1457535. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 10 de abril de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS[...]. Acórdão nº 1737976. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 fev. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA [...]. Acórdão nº 130636. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 15 dez. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 104, p.279-303, out. 2013

CARVALHO, Salo de. SUBSTITUTIVOS PENAIIS NA ERA DO GRANDE ENCARCERAMENTO. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p.01-30, nov. 2010.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**: O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COHEN, Stanley. **Visiones de Control Social**: Delitos, castigos y clasificaciones. Barcelona: PPU, 1988.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

De reintegración social del condenado. ARAÚJO Jr. João Marcelo de (coord). DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1977.

GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delito e a repressão penal. Tradução por Júlio Matos. São Paulo : Teixeira & Irmãos Editores, 1983.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do código de processo penal brasileiro e a realidade latino-americana. **Duc In Altum Cadernos de Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 14, p.177-207, jan. 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Razões do populismo punitivo. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 71, p.01-19, jan. 2012.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência**. Brasília, 2017. Janeiro: Revan, 1991.

KHALED JUNIOR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas S.a, 2014.

LEAL, Jackson da Silva. **Criminologia da libertação**: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MADRID, Fernanda de Matos Lima. **A função oculta da pena privativa de liberdade e do sistema prisional**. 2013. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2013.

MARQUES, Mateus; CARVALHO, Marçal. Da possibilidade de fiança como medida alternativa à prisão cautelar nos crimes de tráfico de drogas. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP, v. 15, n. 85 , p.9-19,, maio 2014.

MEDRADO, Wank Remy de Sena. **A detração penal nas medidas cautelares pessoais diversas da prisão**. 2015. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.

MENEZES, Devis Klinger. Prisão, medidas cautelares e detração penal. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, v. XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11844> . Acesso em 03 abr 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. Porto Alegre: Gen, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral / Juarez Cirino dos Santos** - 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2.ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto carioca de Criminologia, 2002.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. **Alternativas penais à prisão no Brasil: ENTRE A RUPTURA E A ARTICULAÇÃO COM O CÁRCERE**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/11.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2019.

SZESZ, André. Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 111 , p.181-207,, dez. 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A inserção de medidas cautelares diversas no sistema processual penal brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 11, n. 21, p.125-142, maio 2013.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A prisão cautelar**. 2. ed. Santo André, SP: LEDIX, 2005.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.